

Giuliano Marini

Ragione e storia nel diritto: per un'interpretazione
sistematica del § 3 della 'Filosofia del diritto' hegeliana

In: Studi in memoria di
Giovanni Tarello

Vol. 1

Milano, Giuffrè

1990

pp. 345-363

GIULIANO MARINI

RAGIONE E STORIA NEL DIRITTO:
PER UN'INTERPRETAZIONE SISTEMATICA DEL § 3
DELLA 'FILOSOFIA DEL DIRITTO' HEGELIANA



giuffrè editore - 1990

Estratto dal volume:

STUDI IN MEMORIA DI GIOVANNI TARELLO

Volume I: SAGGI STORICI

GIULIANO MARINI

RAGIONE E STORIA NEL DIRITTO:
PER UN'INTERPRETAZIONE SISTEMATICA DEL § 3
DELLA 'FILOSOFIA DEL DIRITTO' HEGELIANA

1. *Il § 3 e la sua collocazione sistematica.* — Il § 3 della *Filosofia del diritto* hegeliana, con la sua lunga annotazione, illustra il rapporto fra la ragione e la storia nella vita del diritto. L'annotazione contiene una dura e puntigliosa polemica con la giurisprudenza di ispirazione storica, che è come dire, in quel tempo, con la scuola storica del diritto⁽¹⁾. In particolare, tale testo polemizza con Gustav Hugo, il giurista-storico di Göttingen, qui considerato per la sua opera di storico del diritto romano, in quanto autore del *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, apparso nel 1790, destinato a giungere nel 1832 alla undicesima edizione, e preso in considerazione da Hegel nella sua quinta edizione, del 1815. Non è fatto oggetto di polemica, di Hugo, il *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, che uscì in quattro edizioni, dal 1798 al 1819, e che rientrava certamente nell'ambito problematico e culturale dell'opera hegeliana del 1821. Inoltre, non è fatto oggetto di polemica Friedrich Carl von Savigny, che pure è il maggiore giurista-storico del tempo: egli aveva già pubblicato, nel 1803 lo studio sul possesso, *Das Rechts des Besitzes*; nel 1814 l'operetta occasionale e polemica *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetz-*

(1) Sul problema in generale, anche per indicazioni bibliografiche, rinvio a quanto ho scritto altrove: G. MARINI, *La polemica con la scuola storica nella 'Filosofia del diritto' hegeliana*, in « Rivista di filosofia », n. 7-8-9, ottobre 1977, pp. 169-204, e *Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 9-1980, pp. 113-163, poi compresi entrambi in Id., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Napoli, 1987 (rispettivamente alle pp. 89-136 e 137-195).

gebung und Rechtswissenschaft; dal 1815 dirigeva la nuova rivista della giurisprudenza storica, la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*; infine, negli anni 1815 e 1816, aveva pubblicato i primi due volumi della *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. D'altro canto, è anche vero che la polemica di Hegel va al di là degli autori e delle tendenze a lui contemporanei, per investire posizioni ideali costanti e permanenti nella considerazione del diritto e nel modo di argomentare della scienza giuridica, dalla giurisprudenza romana a Montesquieu. Si può dire quindi che l'interesse di questo luogo dell'opera hegeliana va al di là della polemica con Hugo, e riguarda il problema centrale di una meditazione filosofica sul diritto, cioè il rapporto fra la ragione e la storia: trovandoci noi nell'ambito del diritto, dire storia è lo stesso che dire realtà, e quindi il problema teorico hegeliano è quello di definire il rapporto della ragione con la realtà. È lo stesso problema già affrontato nella parte conclusiva della *Prefazione*, poi ribadito e precisato concettualmente e terminologicamente nella *Introduzione*, fin dal primo paragrafo. È dunque opportuno situare sistematicamente il § 3 entro tale contesto di problemi, come caso specifico di un problema più ampio.

La *Prefazione* contiene un'aspra polemica contro il dover essere, frutto di una ragione umana che pretende di imporsi alla realtà storica e di modificarla. Una ragione che nutra simili pretese non è altro che *intelletto astratto*. Quel testo non contiene un'altrettale polemica contro la posizione opposta, quella di una ragione umana che si adegui alla realtà storica in ogni sua singola e particolare manifestazione e la giudichi meritevole di essere accettata come giusta. Una simile polemica è difficile a trovarsi come tale; però si può ricondurla alla polemica più vasta contro il soggettivismo romantico, che nel campo etico, religioso, giuridico, pretende una dignità specifica di ogni scelta e situazione soggettiva. Si può trovare accennata, inoltre, l'esclusione dell'*accidentalità* dall'ambito proprio della considerazione filosofica: le singole situazioni empiriche non sono oggetto della filosofia e della indagine concettuale, e possono certamente contenere entro di sé molta ingiustizia e irrazionalità, che pertanto non deve essere giustificata dalla filosofia, ma invece resta, nella sua accidentale configurazione, soggetta inevitabilmente a cri-

tica, perché ogni cosa accidentale può essere in un modo o in un altro. Erra quella filosofia che dà all'accidentale un significato superiore a quello che esso ha, e travolge nella propria critica, insieme ad esso, anche la realtà nella sua consistenza profonda. Erra quell'atteggiamento spirituale che giustifica ogni situazione storica particolare. Tra gli estremi così delineati, di un intelletto astratto negatore e modificatore della realtà storica, e di una conoscenza giustificatrice di ogni situazione accidentale, sta un sostanzioso e robusto nucleo centrale, che merita i nomi filosofici di idea, realtà (*Wirklichkeit*), razionalità. Questo è il nucleo che interessa la filosofia, e che è insieme razionale e reale, ovvero idea ⁽²⁾. Esso è il « nucleo » che si riveste di una « scorza variopinta », secondo la celebre metafora ⁽³⁾; e di esso solo si occupa la filosofia. Il nucleo e la scorza possono anche esser detti, con termini della tradizione filosofica, sostanza e accidentalità, oppure essenza e parvenza (*Schein*) ⁽⁴⁾. Ma dev'esser chiaro che l'oggetto della filosofia è soltanto quel nucleo, sostanziale ed essenziale, ovvero l'idea, che è insieme razionale e reale.

L'introduzione all'opera ribadisce queste indicazioni, in modo più tecnico e terminologicamente più preciso. Il § 1 precisa che « la scienza filosofica del diritto ha per oggetto l'idea del diritto, il concetto del diritto e la realizzazione di esso » ⁽⁵⁾, e aggiunge, nell'annotazione, che da tale scienza filosofica restano esclusi vuoi i « meri concetti », frutto dell'intelletto astratto, vuoi la varia e molteplice « accidentalità » che circonda l'idea ⁽⁶⁾. Viene quindi confermato che la filosofia ha per suo oggetto l'idea, la quale è insieme concetto (il « razionale » della prefazione) e realizzazione (il « reale » della prefazione), e che restano esclusi dalla filosofia, da un lato i meri concetti con la loro astrattezza, dall'altro lato l'accidentalità offer-

(2) G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, hrsg. K.H. Ilting, Bd. 2 (= *Rph.*), Vorrede, pp. 70(28-31)-71(1-11). Cito, qui e in seguito, secondo la mia recente traduzione italiana (*Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari 1987).

(3) *Rph.*, Vorrede, p. 71(14).

(4) *Rph.*, Vorrede, p. 71(9, 19).

(5) *Rph.*, § 1, p. 80(4-5).

(6) *Rph.*, § 1 *Anm.*, p. 80(8, 14-15).

taci disordinatamente dalla storia. La filosofia del diritto deve dunque occuparsi del nucleo centrale che è l'idea, e seguirla nel suo interno formarsi, collegando tra loro le parti, in una prospettiva dialettica, con ciò che le precede e con ciò che le segue. In tal senso potrà dirsi che la considerazione del diritto è « una parte della filosofia » ⁽⁷⁾, come si legge nel § 2, e che questa pertanto deve essere ben distinta dalla « scienza positiva del diritto » ⁽⁸⁾, che si occupa invece del *quid juris*, e studia quindi ciò che si presenta storicamente in tutta la sua accidentalità, sconnessione, contraddittorietà. Volgendosi all'idea, la scienza filosofica del diritto potrà benissimo descrivere il suo oggetto come reale e insieme razionale; e razionalità, trattandosi del diritto, vuol dire giustizia. Sceverando l'idea dall'accidentalità, come pure dai concetti astratti dell'intelletto, la filosofia del diritto potrà dire benissimo che il suo oggetto, il diritto, è « il regno della libertà realizzata », come si legge nel § 4, e che esso deve esser descritto come « una seconda natura » ⁽⁹⁾. I paragrafi successivi indagano questa libertà nei suoi momenti costitutivi — universalità, particolarità, individualità — e nei suoi caratteri più specifici; con risonanze fichtiane. Finché si giunge ai paragrafi conclusivi della introduzione, i quali tornano a ribadire che il diritto è l'idea, e che quindi bisogna rifuggire dalle formulazioni dell'intelletto astratto, come quelle di Kant e di Rousseau, con le loro conseguenze rivoluzionarie (§ 29 e annotazione); mentre invece si dovrà trattare il diritto con il metodo dialettico, che è l'unico adeguato a seguire concettualmente il cammino dell'idea (§ 31 e annotazione).

Come si vede, il § 3 enuncia l'ambito della filosofia, positivamente come idea (concetto e realizzazione; che qui è come dire razionale e reale), negativamente escludendo sia i meri concetti dell'intelletto astratto sia le manifestazioni storiche accidentali. Il § 29 esclude, con una polemica soprattutto antikantiana, l'intromissione dell'intelletto astratto col suo dover essere. Il *corpus* degli altri paragrafi dell'introduzione enuncia positivamente il compito della filosofia del diritto come indagine dell'idea nei suoi momenti e nel

⁽⁷⁾ *Rph.*, § 2, p. 82(2).

⁽⁸⁾ *Rph.*, § 2 *Anm.*, p. 82(16).

⁽⁹⁾ *Rph.*, § 4, p. 110(10-11).

suo divenire dialettico. Rimane il § 3, con la sua ampia annotazione, con il compito di un'altra esclusione, opposta a quella del § 29, cioè con la polemica contro la forma di conoscenza che si occupa indifferentemente e acriticamente di tutto ciò che la storia ci offre, sia esso idea o accidentalità; e qui la polemica è esplicitamente rivolta alla scuola storica del diritto, nella persona di Gustav Hugo, e più in generale ad ogni forma di considerazione puramente storica o giuridico-positiva. Il § 3 ha quindi l'importanza sistematica che gli deriva dalla distinzione tra l'idea, che è regno della libertà realizzata, e l'accidentalità che è offerta dal diritto nelle sue vicende storiche. La giurisprudenza storica o positiva non conosce la distinzione tra idea e accidentalità; non sa cogliere, entro la storia, ciò che è realtà, per distinguerlo da ciò che è accidentalità. Essa giustifica tutto: così ha fatto Gustav Hugo.

2. *Istituzioni e Pandette.* — Il rapporto fra Istituzioni e Pandette è utilizzato da Hegel per chiarire il rapporto fra diritto naturale e diritto positivo. Istituzioni e Pandette stanno a designare, più che le parti del *Corpus juris*, le due discipline fondamentali dell'insegnamento giuridico universitario ⁽¹⁰⁾. Ed il rapporto fra Istituzioni e Pandette, analogo al rapporto fra diritto naturale e diritto positivo, non è di contrapposizione ma di diversità. Se la *Filosofia del diritto* hegeliana dev'essere considerata dissoluzione e compimento del giusnaturalismo — come scrisse Norberto Bobbio ⁽¹¹⁾ — dobbiamo renderci ben conto della complessità del rapporto instaurato da Hegel tra il suo peculiare diritto naturale e il suo peculiare diritto positivo. Gustav Hugo aveva intitolato il suo manuale filosofico, già ricordato, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*. Hegel inverte le parti, e intitola la sua opera *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, con il sottotitolo *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Hugo riduceva tutto il diritto naturale a filosofia del

⁽¹⁰⁾ In proposito mi permetto di rinviare a G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano 1969, pp. 75-77, e *Id.*, *La polemica con la scuola storica*, cit., p. 186 (= *Storicità del diritto*, cit., pp. 111-112).

⁽¹¹⁾ N. BOBBIO, *Hegel e il giusnaturalismo*, in « Rivista di filosofia », LVII-1966, pp. 397-407 (379), poi in *Id.*, *Studi hegeliani*, Torino 1981, pp. 3-33 (3).

diritto positivo, intesa come riflessione sui caratteri intrinseci al diritto storicamente e positivamente vigente in uno stato e garantito nella sua applicazione dall'autorità di questo. La filosofia doveva limitarsi a questa meditazione sapiente sul diritto positivo, ad una sorta di antropologia come riflessione sui rapporti umani consacrati nel diritto, al modo tenuto dai giuristi romani, che erano stati campioni di quella filosofia pratica e pragmatica. Rimaneva in Hugo una pallida aspirazione kantiana a un diritto razionale assoluto e perfetto, umanamente irraggiungibile; ma tutta la sua opera, storica e filosofica, consisteva in quella riflessione sul diritto vigente, al modo dei giuristi romani. Di lui si potrebbe dire, con le parole sopra riferite, che aveva portato il diritto naturale alla sua dissoluzione, non al suo compimento. Egli era coerente con il titolo dato al suo manuale filosofico. Ma anche Hegel era coerente con il suo titolo: la sua filosofia del diritto voleva studiare il diritto come idea, ovvero come concetto e come realizzazione; era quindi, contemporaneamente, filosofia del diritto come considerazione del diritto reale (il diritto come realizzazione), e diritto naturale come considerazione del diritto razionale (il diritto come concetto). Le due anime coincidevano, come coincidono realtà e razionalità nella vita dell'idea. Anche in questo senso dialettico, poteva ben dirsi che Hegel portava il diritto naturale alla sua dissoluzione (nella realtà) e al suo compimento (nella ragione).

Eppure il rapporto fra diritto naturale e diritto positivo non può ridursi a questa identità dialettica. Il diritto naturale può esser detto anche « diritto filosofico »⁽¹²⁾, che è come dire diritto razionale o diritto secondo il concetto. La scienza speculativa del diritto guarda al concetto, o a quel concetto capace di tradursi in realtà che è l'idea. Così facendo, essa fa suo il compito già proprio del diritto naturale, giacché studia il diritto di quella natura reale che è la ragione. Però quel diritto va incontro, nella sua vita, al destino proprio dell'idea, che quando entra nell'esserci si ricopre di una « scorza variopinta » e molteplice. La positività, quindi, è un cerchio più ampio rispetto alla naturalità del diritto, intesa come razionalità o filosoficità. L'enunciato del § 3 chiarisce bene questo rapporto,

(12) *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 94(5).

e ci dice che il diritto naturale diventa positivo per il convergere di motivi formali e contenutistici. a) La *forma* della positività consiste nell'aver validità in uno stato. È l'elemento a cui si attiene, e da cui scaturisce, la scienza positiva del diritto. È il carattere su cui si è attestata la scienza del diritto otto- e novecentesca, e che ha dato luogo al positivismo giuridico. Anche Hugo pensava in tal modo. Hegel sa che il diritto come idea, quando entra nell'esserci di uno stato, si contorna di accidentalità, e da giusto che è come idea può contornarsi di ingiustizia. È il problema dell'ingiustizia della legge, affrontato nel § 212, come pure dell'ingiustizia della pronuncia giudiziaria, affrontato nel § 214: molta accidentalità può entrare nel diritto ad opera dell'arbitrio del legislatore e del giudice. Ma siamo appunto nell'ambito del diritto positivo, che è cerchio più ampio del diritto razionale. b) Ci sono poi *aspetti contenutistici* della positività, cioè aspetti che non possono rientrare, per la loro indole, in una considerazione filosofica del diritto, perché non è compito della filosofia — ed anzi non le è possibile — giungere, o scendere, a quei dettagli. Hegel ci dà una sottodistinzione di tali aspetti contenutistici, secondo una successione tripartita che non è pienamente convincente. α) Vi sono *aspetti* che potremmo definire *storici*, che sono inscindibili dalla vita del diritto, il quale è momento della vita complessiva del popolo e quindi diviene con esso, storicamente. Hegel si riferisce, esemplificando, al « *carattere nazionale* di un popolo » (il *Volksgeist* della cultura romantica, e di Hegel stesso), al « grado del suo sviluppo *storico* », a ciò che attiene alla « *necessità naturale* » (possiamo pensare agli aspetti geografici, razziali, fisici, ecc.)⁽¹³⁾. Tutti questi sono aspetti dei quali la filosofia non può occuparsi, perché altrimenti diverrebbe ripetizione, e sia pure sistemazione intellettuale, della circostanziatezza storica; la filosofia dimenticherebbe la distinzione tra nucleo sostanziale e scorza accidentale, tra essenza e parvenza, tra realtà e accidentalità. Quegli argomenti sono delegati all'erudizione storica, e sottratti alla filosofia. β) Vi sono poi aspetti che attengono all'*applicazione* del concetto ai casi particolari, giacché un sistema giuridico positivo deve pur applicare i principî. Ma anche in questo caso, non siamo di fronte ad un compito

(13) *Rph.*, § 3, p. 88(22-25).

della filosofia e della ragione speculativa, ma invece delle scienze dell'intelletto, che operano deducendo secondo la logica formale. Anche qui, la « sussunzione dell'intelletto » ⁽¹⁴⁾ rimanda ad un compito che è proprio della scienza positiva del diritto ma non della filosofia. Occorre pur applicare i principî, nella vita pratica, ma non è questo il compito del filosofo, che si limita ai principî e non si occupa dei particolari empirici; altrimenti, per stare a un esempio della *Prefazione*, farebbe come Fichte, che si occupa di come dev'esser fatto il passaporto ⁽¹⁵⁾. γ) Infine, vi sono quegli aspetti che attengono alla *decisione*, e alle « determinazioni ultime » che sono necessarie per giungere ad essa ⁽¹⁶⁾. Questo problema è toccato al § 214, a proposito del giudice, che deve decidere all'interno di limiti quantitativi posti dalla legge: egli dovrà fissare una pena corporale, o pecuniaria, o detentiva, perché qualcuno deve pur decidere, ed egli appunto ha quel compito. Potrà anche commettere ingiustizia, e lasciarsi guidare dall'arbitrio; ma non c'è rimedio a simile intervento dell'accidentalità; e sarebbe vano, e fatica tipicamente intellettualistica, voler costruire un sistema avente in sé una compiuta potenzialità regolativa. La filosofia non si occupa di simili dettagli empirici. Si potrebbe osservare che qui il giudice ha un compito analogo a quello che ai vertici dello stato, quando si decide il destino della totalità etica, spetta al principe col suo potere di decisione. La filosofia deduce dialetticamente i principî, e deduce anche il principio che l'applicazione ultima dei principî per la decisione spetta a un individuo che esprime la totalità riguardo a un problema della vita pratica, sia esso minimo o massimo. A proposito di questi aspetti decisionali, si può osservare che essi, trattati *sub* γ), più che aspetti aventi una loro specificità logica ben distinta, sono piuttosto un limite interno agli aspetti trattati *sub* β), in quanto l'applicazione ai casi particolari non può essere sviluppata compiutamente per deduzione dai principî. Non è possibile una deduzione compiuta che dia luogo ad un sistema finito; e quindi, giacché l'applicazione proseguirebbe *ad infinitum*, è necessario che qualcuno

decida. È del resto la stessa argomentazione che seguiva Kant quando, **indagando** il rapporto fra la teoria (il concetto) e la pratica (l'applicazione al particolare), introduceva la necessità del giudizio ⁽¹⁷⁾.

Si può dire quindi, guardando a quanto precede, che l'area della positività è definita in modo esauriente dal carattere formale dell'aver validità in uno stato (quel carattere che oggi è detto della effettività). All'interno di tale ambito, definito per i suoi caratteri formali, possiamo distinguere, per quanto attiene agli aspetti contenutistici: una positività storica (b , α) e una positività legata alle necessità dell'applicazione (b , β : per l'applicazione conseguente da principî; b , γ : per il limite immanente alla consequenzialità applicativa, la quale deve essere interrotta per giungere alla decisione). Oltre a quanto abbiamo rilevato per il rapporto tra i momenti β e γ , e sulla loro distinguibilità logica, è anche dubbio che questi stessi momenti possano essere definiti contenutistici: essi, infatti, attengono al requisito formale del procedimento applicativo, che deduce da principî secondo la logica formale e ad un certo punto interrompe tale deduzione di fronte alle necessità della decisione, le quali sono poste dalla vita pratica e non permettono il processo deduttivo all'infinito. In ogni modo, quali che siano i nostri rilievi sulla sistematicità interna di questa definizione della positività, qui noi troviamo delimitati nel loro rapporti reciproci gli ambiti del diritto filosofico e del diritto positivo. Il problema della positivizzazione è trattato, come in sede propria, nella sezione sulla società civile, ~~sottosezione sulla amministrazione della giustizia~~ (§§ 209-229, e particolarmente i §§ 211-214 sul diritto come legge). Lì leggiamo, oltre a quanto abbiamo già incontrato sulla accidentalità inevitabile nella legislazione e nel giudizio, anche le osservazioni polemiche sulla impossibilità di un codice compiuto; una tale esigenza non può essere soddisfatta, per le caratteristiche proprie del processo applicativo, ed è « una malattia tedesca » (§ 261, *annotazione* ⁽¹⁸⁾). Nel passaggio dal diritto filosofico alla positività, troviamo

⁽¹⁴⁾ *Rph.*, § 3, p. 88(31).

⁽¹⁵⁾ *Rph.*, *Vorrede*, p. 71(24-28).

⁽¹⁶⁾ *Rph.*, § 3, p. 88(22-23).

⁽¹⁷⁾ I. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in *Werke*, Akademie Ausgabe, Bd. VIII, pp. 273-278.

⁽¹⁸⁾ *Rph.*, § 216 *Anm.*, p. 662(27-28).

la traduzione in proposizioni legali; e poi troviamo la traduzione di queste in proposizioni giudiziarie. In entrambi i casi abbiamo a che fare con le esigenze, ad essa interne, della decisione.

A questo punto comprendiamo meglio il rapporto posto da Hegel tra diritto naturale (o razionale, o filosofico) e diritto positivo. Essi non sono da intendere come contrapposti, quasi che la storia, la vita giuridica effettuale, il mondo delle decisioni pratiche, siano diversi per essenza dal diritto come è visto dalla ragione in una sua impossibile purezza, e siano quindi una deviazione da esso o un suo tradimento. Ragionare in tal modo sarebbe un restare nell'intelletto astratto, al modo illuministico-kantiano. Il rapporto è diverso, ed è quello descritto, in sede logica, tra idea (contemporaneamente razionale e reale) ed accidentalità: e l'accidentalità è presente nella storia e in quelle esigenze di applicazione e di decisione che sono poste dalla storia. Allora sarà bene dire che diritto naturale e diritto positivo sono diversi, più che contrapposti, come scrive Hegel; si potrebbe anche dire che il diritto positivo è un cerchio più ampio rispetto al diritto naturale, che rimane sempre nell'esserci storico, giacché corrisponde all'idea, ma si circonda di accidentalità derivanti dagli aspetti storici e dalle esigenze della applicazione-decisione presenti in uno stato. Ma la vita storica del diritto ha sempre entro di sé l'idea, per quanto essa sia nascosta e sacrificata. Essa sarà da cercare in profondità, ma sarà sempre presente, ed avrà la forza, prima o poi, di imporsi attraverso le menti dei legislatori e dei giudici, vincendo l'ispessirsi della crosta di accidentalità che essi stessi portano seco inevitabilmente. Del resto, i giuristi stessi sono consapevoli di quel rapporto problematico tra cerchi diversi come il diritto naturale e il diritto positivo, quando essi parlano, nel loro linguaggio, di rapporto fra Istituzioni e Pandette. La formazione del giurista avviene grazie ad un insegnamento istituzionale, volto a delineare i principî e i concetti, ed in questo senso è una sorta di diritto naturale; e grazie ad un insegnamento più analitico, storico e applicativo, che dà ragione del vario atteggiarsi di quei principî nella circostanziatezza della vita storica e per le esigenze poste dalla vita pratica. Questo vuol significare Hegel quando scrive: « Che il diritto naturale o il diritto filosofico è diverso

dal positivo, capovolgere ciò nell'affermazione ch'essi sono l'un l'altro contrapposti e contraddittori, sarebbe un grande fraintendimento; quello è a questo piuttosto nel rapporto di Istituzioni a Pandette » (19). È lo stesso fraintendimento di chi ignora il corretto rapporto esistente tra la ragione, la realtà, l'esserci storico, come è posto nel § 1 dell'opera.

3. *Favorino e Cecilio*. — Nella partizione ideale del § 3 e della sua annotazione, un primo nucleo problematico è quello ora visto, che illustra il rapporto fra diritto razionale e diritto positivo, riconducibile correttamente al rapporto esistente tra Istituzioni e Pandette. Sappiamo anche che nella genesi della positività devono essere distinti aspetti riconducibili alla storia e aspetti riconducibili al procedimento logico-formale della applicazione da principî, la quale è inevitabile in uno stato come « sistema di un diritto legale » (20) od ordinamento giuridico (secondo la terminologia odierna). Il problema che ora deve essere affrontato è quello del rapporto fra diritto razionale e storia, illustrato in un altro, ampio nucleo problematico dell'annotazione, in polemica con la scuola storica del diritto ed esplicitamente contro Gustav Hugo, il cui *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* è utilizzato da Hegel sia come fonte di notizie sia come oggetto di polemica. Per illustrare il rapporto fra diritto razionale e storia, Hegel si rifà, sulla traccia appunto del manuale di Hugo, alla polemica sulle XII tavole, riferita da Aulo Gellio nelle *Noctes Atticae*, tra il filosofo Favorino e il giurista Sesto Cecilio, due personaggi della corte di Antonino. Questa polemica, nei suoi originari significati storici e nella portata che conserva nel mondo di pensiero di Hegel, è stata ben illustrata da Aldo Schiavone (21); ed è qui sufficiente riferirsi a tale polemica al fine di cogliere la contrapposizione tra il metodo filosofico e il metodo storico.

Oltreché da quelle due lontane figure di intellettuali, il contrasto è ricostruito da Hegel, per il suo tempo, attraverso il pensiero di

(19) *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 94(5-9).

(20) *Rph.*, § 3, p. 88(26-27).

(21) A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese - Hegel contro Savigny*, Bari 1984, pp. 27-38.

Montesquieu e di Hugo. Il primo rappresenta, come altrove nella *Filosofia del diritto* hegeliana, l'incarnazione esemplare di una conoscenza storica nutrita di spirito filosofico: si pensi soltanto al riferimento hegeliano, nell'annotazione al § 273, alla dottrina della divisione dei poteri come è svolta da Montesquieu nell'*Esprit des lois*. Montesquieu può esser preso ad esempio di trattazione storica, come risulta da quest'elogio che si legge nell'annotazione al § 3: « Riguardo a quello che nel paragrafo per primo è denominato elemento storico nel diritto positivo *Montesquieu* ha indicato la verace veduta storica, il punto di vista autenticamente filosofico, considerare la legislazione in genere e le sue particolari determinazioni non isolatamente e astrattamente, bensì invece come momento dipendente di una totalità, in connessione con tutte le restanti determinazioni che costituiscono il carattere di una nazione e di un'epoca; in questa connessione esse ricevono il loro verace significato, così come per tal mezzo la loro giustificazione » (22). Come si vede, il metodo insieme storico e filosofico consiste nel riportare le determinazioni alla totalità, che è il metodo dialettico della conoscenza. Montesquieu è qui come Hegel: la sua conoscenza si basa sul « concetto » (23), è rivolta alla « natura della cosa » (24), dà la « verace giustificazione » (25). Egli sa cogliere, in altre parole, la ragione che immane nella realtà, il concetto che si è realizzato, l'idea; non si perde nella considerazione delle particolarità accidentali e nella descrizione del loro sorgere da circostanze anch'esse accidentali; guarda all'intero nel suo sviluppo, che è sempre sviluppo dell'idea, non indugia nell'erudizione che si volge alle singolarità collegandole ad altre singolarità. Al lato opposto di questa considerazione insieme storica e filosofica sta l'erudizione storica, rappresentata da Hugo, certamente anche dal Savigny della *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, dagli autori della scuola storica, raccolti intorno alla savignyana *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, più in generale dalla storiografia giuridica di tendenza erudita, ed anche dai giuristi

(22) *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 94(11-20).

(23) *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 96(12).

(24) *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 97(3).

(25) *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 96(32-33).

che non hanno il senso dei limiti entro i quali opera la loro scienza. Il lavoro di tutti costoro è una « fatica puramente storica », la quale, beninteso, « ha nella sua propria sfera il suo merito e la sua dignità » (26), come l'ha ogni scienza, ma purché non dimentichi che essa procede con i mezzi dell'intelletto, e coglie solo rapporti fra cose singolari, ma non l'intero. Essa non deve dimenticare che l'esame sulla base delle singole circostanze può dar conto di fondamenti specifici al sorgere di determinazioni giuridiche, ma non può giungere ad una « giustificazione valida in sé e per sé » (27). Per giungere a tanto, occorre invece essere in possesso di quel senso filosofico, di quella dimestichezza col concetto, che ebbe Montesquieu; pur senza essere propriamente filosofo. Ma la giurisprudenza erudita, e i giuristi storici della Germania del tempo, non hanno per Hegel simile profondità di sguardo — secondo un giudizio che può essere più o meno condiviso —. Essi ignorano l'aspetto principale della questione, e cioè che « una determinazione giuridica può lasciarsi mostrare come perfettamente fondata e conseguente sulla base delle circostanze e delle sussistenti istituzioni giuridiche e tuttavia essere in sé e per sé ingiusta e irrazionale » (28). Essi ignorano la differenza tra l'origine storica e l'origine dal concetto; come accade a Gustav Hugo, col quale polemizza l'annotazione al § 3, ed anche, pur se implicitamente, l'annotazione al § 212; come accade anche a Karl Ludwig von Haller, che dal punto di vista del metodo può essere posto accanto a Hugo, giacché egli studia lo stato non per il suo sorgere dal concetto ma per il suo sorgere dalle circostanze storiche, come osserva l'annotazione al § 258, con dura polemica. Ora, anche l'indagine storico-erudita ha il suo merito, come si è visto, ma purché non pretenda di giudicare dell'intero, attività intellettuale che è riservata al concetto e alla filosofia. La storiografia erudita e la filosofia possono restare nelle loro specifiche sfere, e mantenere così « una posizione indifferente » (29): ma poiché non sempre accade così, e Hugo, per esempio, si lagna delle incomprensioni dei filosofi — a

(26) *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 94(24-25, 27-28).

(27) *Rph.*, § 3 *Anm.*, pp. 94(33)-96(1).

(28) *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 96(3-6).

(29) *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 98(28).

cominciare da Favorino che non intese le XII tavole⁽³⁰⁾ — allora Hegel polemizza con i giuristi storici, per indurli a non confondere la giustificazione storico-erudita (le circostanze, la genesi empirica) con la giustificazione filosofica (il giusto in sé e per sé).

Ora, si può osservare che questa « posizione indifferente », tra filosofia e storiografia, che Hegel teorizza giacché si tratta di « sfere diverse »⁽³¹⁾, è più facile a dire che a mettere in pratica. Innanzitutto, per il versante storiografico è questione di grado, giacché uno storico può avere lo sguardo profondo di Montesquieu, o di altri storici (che pure influenzarono la giurisprudenza storica), o dello stesso Savigny. In quel caso, lo storico, che possiede il senso dell'intero, nel fatto diventa filosofo e quindi invade l'altra sfera: sarà questione di vedere, volta per volta, se ha intelligenza filosofica. Inoltre, per il versante filosofico, la posizione indifferente è impossibile a mantenere proprio secondo i principî, giacché la filosofia giudica dell'intero e distingue ciò che è giusto in sé e per sé da ciò che è giusto soltanto secondo le circostanze empiriche. Facendo ciò, la filosofia entra nella sfera della storiografia (e c'è il problema di come essa possa far ciò senza sottomettersi alla « fatica storica »). Il contrasto, od anche il rapporto, fra filosofo e giurista-storico, è assai difficile da stabilire, si tratti di Favorino e Cecilio, di Montesquieu e Hugo, di Hegel e Savigny. Forse, più che di « sfere diverse », Hegel avrebbe dovuto dire che ogni storico dovrebbe anche essere o diventare filosofo, sull'esempio di Montesquieu, nel qual caso il problema non si porrebbe, e le due sfere tenderebbero a coincidere; uno storico che non abbia anche senso filosofico è invece destinato a restare, più che in una « sfera diversa », in una posizione assai limitata e subalterna entro quella sfera dell'intero che è propria della filosofia. Ma Savigny, nella *Juristische Methodenlehre* del 1802-1803, voleva che nella giurisprudenza convivessero « elaborazione filologica », « elaborazione storica », « elaborazione sistematica », e scriveva parole come le seguenti: « Ogni sistema porta alla filosofia. L'esposizione di un sistema meramente storico porta a un'unità, a un ideale, sul

⁽³⁰⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 100(2-7).

⁽³¹⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 98(27).

quale essa si fonda. E questo è filosofia »⁽³²⁾. Parole che restarono ignote a Hegel, giacché sono state pubblicate nel nostro secolo, ma che esprimono la consapevolezza, propria del grande storico e dello studioso di cose umane in genere, che non può darsi vera conoscenza dei significati particolari se non grazie alla connessione con l'intera esperienza culturale. Il contrasto fra Favorino e Cecilio si riduce più propriamente, allora, al contrasto fra il vero storico, che è anche implicitamente filosofo (o tra il filosofo che è anche storico), e lo storico-erudito, che non va al di là delle circostanze particolari.

4. *Gustav Hugo e la razionalità del diritto romano.* — C'è nel § 3 e nella sua annotazione un terzo nucleo ideale, che riguarda la valutazione del diritto romano, considerato attraverso la presentazione che ne dà Hugo; ma si tratta di una valutazione costante e ricorrente nel pensiero di Hegel, collegata alla sua valutazione della romanità dal punto di vista della storia del mondo. Il problema sorge da un'affermazione di Hugo sulla razionalità del diritto romano. Hugo scrive che a Roma « la situazione *giuridica* era ancor assai lontana dal soddisfare alle *più alte* esigenze della *ragione* »⁽³³⁾, ed Hegel polemizza con sarcasmo, ricordando che « il diritto di famiglia romano, la schiavitù ecc. non soddisfa neanche a *modestissime* esigenze della ragione »⁽³⁴⁾. La polemica continua riguardo ad altre affermazioni di Hugo sulla educazione intellettuale dei giuristi e sulla loro specifica attitudine argomentativa. Lasciando per il momento da parte queste ulteriori affermazioni, possiamo ora riaffermarci sulla valutazione del diritto romano dal punto di vista della ragione, con il che noi torniamo al problema del rapporto fra diritto filosofico e diritto positivo, già visto sotto la rubrica del rapporto fra Istituzioni e Pandette.

Si tratta, anche per il diritto romano e per i suoi istituti, di distinguere fra la conoscenza storico-erudita, che offre una giusti-

⁽³²⁾ F. C. v. SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grynium*, hrsg. von G. Wesenberg, Stuttgart 1951, p. 48.

⁽³³⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 106(16-19). Hegel cita da G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, Berlin 1815⁵, § 40.

⁽³⁴⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 106(19-21).

ficazione secondo le circostanze, ovvero una giustificazione storico-pragmatica, e una conoscenza filosofica, o storico-filosofica, che offre una giustificazione secondo il concetto. Da una parte abbiamo l'esposizione di ciò che è giusto secondo le circostanze; il problema del *quid juris*, per cui « una determinazione giuridica può lasciarsi mostrare come perfettamente *fondata e conseguente* sulla base delle *circostanze* e delle *sussistenti* istituzioni giuridiche » ⁽³⁵⁾. Dall'altra parte abbiamo ciò che è giusto e razionale « in sé e per sé » ⁽³⁶⁾. Sulla base di quel che si è visto prima sul rapporto fra Istituzioni e Pandette, si dovrebbe dire che è rilevante il riferimento alla totalità storica, secondo il metodo elogiato in Montesquieu, mentre il metodo dei giuristi storico-eruditi si limita alle circostanze singolari e isolate. Ma quando il giudizio viene dato su istituti del diritto romano, come il diritto di famiglia (e in esso il matrimonio e la *patria potestas*, alle quali Hegel si è più specificamente riferito) o come la schiavitù ⁽³⁷⁾, allora non è più rilevante il riferimento alla totalità storica, al « carattere di una nazione e di un'epoca » ⁽³⁸⁾. Facendo in tal modo, come in via generale il Montesquieu elogiato da Hegel, quegli istituti trovano una giustificazione che Hegel stesso dovrebbe dire « in sé e per sé », e corrispondente al « punto di vista autenticamente filosofico ». Altrimenti, il confronto non avviene con la ragione presente nella totalità storica, bensì con la ragione presente in un'altra totalità storica, relativa ad un'epoca posteriore e più sviluppata della storia del mondo, cioè relativa alla compiuta maturazione dell'idea che è propria del tempo nel quale il filosofo (Hegel) pronuncia il suo giudizio su quelle istituzioni. Ma allora anche il giurista storico-erudito Hugo, con le sue semplici convinzioni kantiane, affermava che molte istituzioni giuridiche non erano conformi alla ragione nella sua purezza, pur se poggiavano su fondamenti storici. Un simile giudizio non è più fondato sulla ragione storica ma sulla ragione che va oltre la storia, cioè oltre l'epoca a cui l'istituto appartiene. Che il problema si ponga in tal

⁽³⁵⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 96(3-6).

⁽³⁶⁾ *Ibid.*

⁽³⁷⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, pp. 96(8-9), 106(19-20).

⁽³⁸⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 94(18).

modo mostra lo stesso Hegel, parlando nel § 57 specificamente della schiavitù, ovvero dell'istituto che più di ogni altro, secondo la logica del § 3, finora indagata, meriterebbe di esser detto « in sé e per sé ingiusto e irrazionale » ⁽³⁹⁾. Invece, nel § 57, Hegel distingue tre posizioni riguardo alla schiavitù: a) la « giustificazione » movente da una « veduta storica » che suole « prender l'uomo come *entità naturale* in genere » ⁽⁴⁰⁾; b) « l'affermazione dell'assoluta ingiustizia (*absolutes Unrecht*) della schiavitù » ⁽⁴¹⁾; c) il superamento dialettico di tali due vedute come limitate e unilaterali ⁽⁴²⁾. Ma una condanna della schiavitù come ingiusta, anche se conforme al « carattere di una nazione e di un'epoca », contraddice al criterio elogiato in Montesquieu come veramente storico e filosofico.

L'altro aspetto della polemica riguarda l'educazione intellettuale dei giuristi romani. Osserva Hugo che « i giuristi classici erano educati con la filosofia » ⁽⁴³⁾; che essi, per la loro consequenzialità deduttiva, meritano « di venir *affiancati* ai matematici »; e che essi, infine, per tale ultima dote, e per il loro uso di tricotomie, meritano altresì di venir affiancati a Kant ⁽⁴⁴⁾. Hegel concede la consequenzialità, già lodata da Leibniz, e le riconosce pregio nell'ambito suo proprio, che è quello delle scienze dell'intelletto; un pregio che pertanto è proprio anche della matematica. Nega che tale dote abbia a che fare con la filosofia, che è prerogativa della ragione; considera ridicolo il paragone con Kant per l'uso delle tricotomie ⁽⁴⁵⁾. Il problema è qui, come si vede, quello della capacità deduttiva da *principi* per l'applicazione al particolare; la consequenzialità dei giuristi romani, e dei giuristi in genere, è dunque strumento per *compiere* il passaggio inevitabile da Istituzioni a Pandette, da diritto filosofico a diritto positivo. Il problema è dunque collegato all'aspetto della positività secondo il contenuto, esposto nell'enunciato del paragrafo, alle lettere b, β. La positività deriva dall'esigenza dell'appli-

⁽³⁹⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 96(5-6).

⁽⁴⁰⁾ *Rph.*, § 57 *Anm.*, pp. 240(22), 241(2, 4-5).

⁽⁴¹⁾ *Rph.*, § 57 *Anm.*, p. 242(6-7).

⁽⁴²⁾ *Rph.*, § 57 *Anm.*, p. 242(11-15).

⁽⁴³⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 106(2-10).

⁽⁴⁴⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 107(2-10).

⁽⁴⁵⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, pp. 108(11-16), 109(1-5).

cazione dei concetti o principî del diritto filosofico alle esigenze particolari della vita pratica, e in questo senso se ne è già parlato sopra. L'applicazione ai casi particolari non può essere considerata svolgimento interamente deduttivo fino alla formulazione di un sistema legale compiuto. Gli oggetti e i casi della vita reale hanno una « conformazione particolare (una conformazione che dà sé *dal di fuori*) » ⁽⁴⁶⁾: cioè sono qualcosa di esterno rispetto ai concetti filosofici, perché hanno come loro carattere costitutivo la molteplicità dell'empiria. Per passare dal concetto filosofico a tale molteplicità empirica, la capacità deduttiva è sì dote preziosa, ma non bastevole: occorre quel di più che per Kant era il giudizio; occorre quella saggezza specifica che interrompe la deduzione, che è anche, talora, capacità della « *non-consequenzialità* », e che per Hegel è uno dei più grandi pregi proprio dei giuristi romani, « una delle loro più grandi virtù, come quella grazie alla quale essi si scostarono da istituzioni ingiuste e orribili » ⁽⁴⁷⁾. Esclusa la possibilità di un sistema legale compiuto, si vede la necessità di interrompere il processo deduttivo; e si vede anche la necessità della decisione, che la realtà esige, e di cui pure tratta l'enunciato del § 3, sotto le lettere *b*, *γ*, come aspetto anch'esso positivo del diritto quanto al contenuto. V'è dunque la positività inevitabile del diritto, che deriva dalla eterna diversità della vita rispetto al suo concetto, sulla quale aveva meditato il giovane Hegel ⁽⁴⁸⁾. Nella positività del diritto c'è il margine per la storia, per l'applicazione prudente da principî, per la decisione non prevedibile dal concetto. In questa positività c'è anche il margine per l'accidentalità, della quale la filosofia non può occuparsi per quanto attiene ai contenuti specifici, ma soltanto per dire che essa è presente nel mondo, accanto alla realtà razionale dell'idea. Che cosa nella storia meriti il nome di reale, e che cosa meriti il nome di accidentale, rimane riservato alla descrizione che il filosofo dà del cammino dell'idea, egli spettatore, egli individuo nel quale si esprime la razionalità reale dello spirito in un momento storico.

⁽⁴⁶⁾ *Rph.*, § 3, p. 88(28).

⁽⁴⁷⁾ *Rph.*, § 3 *Anm.*, p. 108(17-20).

⁽⁴⁸⁾ G. W. F. HEGEL, *Die Positivität der christlichen Religion*, in *Hegels theologische Jugendschriften*, hrsg. H. Nohl, Tübingen 1907, p. 141.

Dove i giuristi della scuola storica, secondo un'ispirazione kantiana, **distinguevano** tra divenire storico e ragione (come metro di giudizio **non-storico**), Hegel invece vede ragione e storia (ragione e realtà) **come** aspetti dialetticamente congiunti nell'idea. La sua ragione è **storica** (reale), e si arricchisce nella storia del mondo — da Platone, al cristianesimo, a Hegel — passando attraverso varie grandi fasi segnate da caratteri propri. Il cammino dell'idea ha i suoi tempi nella storia del mondo, ed è più lento e statico di quanto talora non si pensi per una falsa associazione della filosofia hegeliana al moderno modo di pensare storicistico. Tale cammino è anche gravato di molta accidentalità, di molte cose ingiuste e orribili: ma ci sono **accidentalità** che risultano tali già al filosofo che interpreta il suo tempo, **come** figlio di esso, e ci sono accidentalità che risultano tali soltanto **ad** un'epoca ulteriore e più sviluppata della storia del mondo. **Distinguere** realtà e accidentalità nella storia, significa anche distinguere **tra** ciò che è razionale e ciò che non lo è, e significa discernere il cammino dell'idea, con i suoi contorni spesso oscuri e ondeggianti. La filosofia dialettica hegeliana non offre, per tale opera di discernimento, metri più sicuri di quelli offerti dalla giurisprudenza di **ispirazione** storica.